

SUSANA MONTEIRO & FILOMENA CARVALHO

susana.monteiro@ipleiria.pt; filomena.carvalho@ipleiria.pt

**INSTITUTO POLITÉCNICO DE LEIRIA (IPL) E INSTITUTO
JURÍDICO PORTUCALENSE (IJP), PORTUGAL**

A MEDIAÇÃO FAMILIAR NUM CONTEXTO DE VULNERABILIDADE SOCIAL

RESUMO

Não obstante as alterações sociais vivenciadas na e pela família, esta continua a ser, ainda hoje, a célula fundamental da sociedade. Basta, para tal, atentarmos nos fins que a mesma desempenha, sobretudo, em atenção aos seus valores identitários.

Ora, tendo as relações familiares, independentemente da sua forma de constituição, uma natureza essencialmente pessoal e a múltiplos níveis complexa e visando a estabilidade necessária a relações que se pretendem, na sua essência, duradouras, a mediação surge como uma forma privilegiada de atuação para a resolução de conflitos familiares.

É de um caso real, numa situação de conflito no contexto de um “novo” modelo familiar, com o envolvimento de um menor, que caracterizamos como “duplamente” vulnerável, porque envolvido num processo de alienação parental, que trataremos neste texto. Considerando a categorização doutrinária de grupos vulneráveis e os pressupostos que lhe estão implícitos, os menores surgem-nos como grupo vulnerável merecedor de tutela específica.

Iniciamos com uma breve exposição dos factos, para desenvolvermos uma análise teórico-prática e crítica do funcionamento da mediação, enquanto método inter e multidisciplinar, numa situação em que a sua intervenção foi oficiosamente determinada pelo juiz.

PALAVRAS-CHAVE

Vulnerabilidade social; mediação; contexto multidisciplinar

INTRODUÇÃO

Não obstante as alterações sociais vivenciadas na e pela família, esta continua a ser, ainda hoje, a célula fundamental da sociedade. Basta, para tal, atentarmos nos fins que a mesma desempenha, sobretudo em atenção

aos valores da identidade pessoal, social e da segurança, a múltiplos níveis: psicológica, emocional e económica. O Direito não é imune a estas alterações e pode e deve, não só acompanhá-las e acolhê-las, mas acima de tudo, potenciá-las.

É de um caso real, numa situação de conflito no contexto de um “novo” modelo familiar, com o envolvimento de um menor, que caracterizamos como “duplamente” vulnerável porque envolvido num processo de alienação parental, que trataremos neste texto. Considerando a categorização doutrinária de grupos vulneráveis e os pressupostos que lhe estão implícitos, a saber: o de determinados interesses desses grupos sociais estarem comprometidos ou em risco; e o da especial debilidade em que se encontram, exigindo a adoção de medidas protetoras – os menores surgem-nos como grupo vulnerável merecedor de tutela específica.

Iniciamos com uma breve exposição dos factos, para desenvolvermos uma análise crítica do funcionamento da mediação, enquanto método inter e multidisciplinar, numa situação em que a sua intervenção foi oficialmente determinada pelo juiz. Questiona-se, assim, a eficácia de um método cuja identidade assenta na voluntariedade das partes e aqui aceite, unicamente, pelo receio que tal recusa implicaria a institucionalização do filho menor.

Destacam-se as principais dificuldades sentidas *in praxis* pelos mediadores, decorrentes da necessidade do cumprimento dos princípios estruturantes da mediação, nomeadamente a isenção e imparcialidade do mediador e a confidencialidade da mediação, garantes da confiança dos participantes no procedimento, face ao cumprimento das obrigações judiciais de entrega periódica de relatórios sobre o desenrolar das sessões de mediação.

Uma última nota resulta do desafio que constituiu para os mediadores o envolvimento do menor na mediação e a preocupação maior em atender às necessidades de uma criança marcada por um processo de alienação parental. Este conjunto de fatores foi determinante na necessidade de envolver no procedimento técnicos de diferentes áreas do saber e do conhecimento.

OS FACTOS

Os mediados, pais de um filho menor, viveram em união de facto de 2001 a 2005.

A gravidez da mãe surgiu durante a fase de namoro, facto

determinante para a decisão do início da vida em comum, após a expulsão da mãe de casa dos pais.

Foram, desde sempre, reconhecidas dificuldades de comunicação entre o casal, que levaram a separações pontuais e que se adensaram com o nascimento do filho, em 2002, conduzindo à rutura definitiva da relação, em 2005. Tinha, então, o menor três anos de idade.

Após a separação definitiva, a relação entre os pais era funcional e sem grandes atritos, mantendo-se os contatos e as visitas, do filho ao pai, ainda que num quadro informal e sem regras pré-definidas.

Em 2008, por iniciativa do pai, é assinado o acordo de responsabilidades parentais – tinha então o menor seis anos – ficando este a residir com a mãe e passando os fins-de-semana, alternadamente, com o pai.

Com o passar dos anos, a relação entre os pais mantém-se relativamente estável, até ao momento em que o acordo de responsabilidades parentais deixou de ser cumprido por parte da mãe. O pai correlaciona a deterioração da relação e o dito incumprimento com o início de uma nova relação. Esta situação levou o pai a interpor a competente ação judicial e a alegar a alienação parental por parte da mãe.

A partir de então o menor é envolvido num “fogo emocional cruzado” entre os pais, agravando-se a relação parental e verificando-se um quase completo afastamento entre o menor e o pai. De tal modo que o menor se recusava terminantemente a ter qualquer contacto com o pai, não aceitando, sequer, ser chamado pelo seu apelido.

Em face do anteriormente descrito e com a degradação da relação dos progenitores e a intensificação dos conflitos, o passo seguinte – típico nestas situações – determinou o envolvimento de diversas entidades: Polícia de Segurança Pública (PSP), Comissão de Proteção de Crianças e Jovens (CPCJ) e Segurança Social (SS).

O quadro clínico de ansiedade do menor relativamente à figura paterna conduziu à decisão inicial, suportada pelo parecer dos técnicos, de afastamento do menor do pai.

O menor começa, então, a ter acompanhamento psicológico e pedopsiquiátrico, sem resultados práticos visíveis, mantendo-se a recusa deste em relacionar-se com o pai e com a família paterna. Num primeiro relatório de perícia médico-legal, a que os mediadores tiveram acesso, concluiu-se que o menor não apresentava um “quadro clínico de patologia individual mas de patologia relacional”.

Da ação conjunta da CPCJ e da SS resultou a sinalização do menor

em risco e consequentemente, o envolvimento do tribunal que, em despacho datado de junho 2012, equaciona a eventual institucionalização do menor e remete o processo para mediação. Nas palavras do Tribunal de Torres Novas impunha-se à entidade mediadora a

junção aos autos, um mês após o início da sua intervenção, de informação circunstanciada e atualizada sobre a evolução da situação do menor e os resultados verificados; devendo tal informação versar, designadamente, sobre a pertinência e adequação da aplicação de uma medida que implique o afastamento do menor da situação de conflito entre os progenitores, mediante a colocação do mesmo num ambiente imparcial e securizante, que lhe garanta a possibilidade de reorganizar mentalmente as suas emoções e vivências, adquirir estabilidade emocional e psicológica e ultrapassar a situação de alienação parental já diagnosticada.¹

Confrontados com a possível institucionalização do filho, a mãe aceita participar no procedimento da mediação, enquanto o pai, preocupado com este cenário, entende a mediação como uma forma de aproximação ao filho.

O CASO REAL: DO PROCEDIMENTO DE MEDIAÇÃO

Dois dias após o dito despacho judicial, teve lugar a sessão de pré-mediação. A entidade mediadora decidiu, com a concordância dos pais, realizar as sessões de mediação, em co-mediação e em registo multidisciplinar, com o auxílio de técnicos de diversas áreas, nomeadamente do Direito e da Psicologia. Nesta decisão pesou o grave conflito interparental, o contexto e a evolução dos factos e o quadro de grande sofrimento do menor.

Após a realização de seis sessões de mediação foi enviado um primeiro relatório ao tribunal, cumprindo o disposto no despacho que determinou o envio do processo para mediação. No relatório expressava-se uma positiva aproximação dos pais, que se comprometeram a melhorar a comunicação e a respeitar o tempo e as necessidades do filho. Com este propósito aceitaram ser acompanhados, durante seis meses, em processo de mediação, para a aquisição de ferramentas indispensáveis a uma adequada e saudável comunicação. Reconheceram que a forma como se relacionavam tinha efeitos diretos no equilíbrio emocional e psicológico do filho, bem como na relação deste com o pai e com toda a família paterna. Registou-se, ainda, o entendimento entre os pais quanto a alguns aspetos

¹ Despacho emitido pelo Tribunal de Torres Novas, em junho de 2012.

relativos à educação e à saúde do filho.

Quando se pensava poder-se iniciar a aproximação entre o menor e o pai, surge a alegação de que o menor teria sido vítima de abusos sexuais por parte do pai. Ora, perante tão grave alegação e no superior interesse da criança, foi aberto inquérito criminal para apuramento dos factos, mantendo-se o total afastamento entre pai e filho. O inquérito acabou por ser arquivado, por falta de provas e indícios dos factos alegados.

Mais tarde (novembro de 2012), o tribunal profere novo Despacho (numa altura em que a entidade mediadora julgava que a sua intervenção estava concluída), o qual determina a apresentação de um “plano de acompanhamento de mediação familiar adequado, bem como, mensalmente, de relatório circunstanciado das intervenções realizadas, as problemáticas identificadas e os resultados obtidos”².

O tribunal decide, ainda, prorrogar a aplicação da medida de apoio do menor junto da mãe, pelo período de seis meses, mediante a imposição aos progenitores dos seguintes deveres: “acompanhamento no âmbito da mediação familiar, com uma periodicidade pelo menos bimensal, com vista à construção de um padrão de interação estável, saudável e equilibrado; acompanhamento pedopsiquiátrico do menor com a participação ativa de ambos os progenitores”³.

Os mediados e os técnicos, em contexto de mediação e num registo de trabalho multidisciplinar, delinearam um plano que incluía a realização de diversas sessões de co mediação (com uma duração não superior a duas horas); a participação dos progenitores e do menor no procedimento de mediação; a participação na mediação da família alargada; sessões de *caucus* e a realização de exames psicológicos aos progenitores e ao menor.

Reconheceu-se também, que a apresentação de relatórios ao tribunal para cumprimento das obrigações judiciais, colidia com os princípios estruturantes da mediação. Neste sentido e harmonizando a necessidade de cumprimento das ditas obrigações com o escrupuloso cumprimento dos princípios e regras da mediação, foram enviados relatórios simples apenas com a menção expressa a dados objetivos, sempre com conhecimento dos mediados.

Durante este período sucederam-se várias sessões de mediação na tentativa de aproximação do menor ao pai e à família paterna.

O último relatório foi enviado em outubro de 2013, tendo sido

² Despacho emitido pelo Tribunal de Torres Novas, em novembro de 2012.

³ Despacho emitido pelo Tribunal de Torres Novas, em novembro de 2012.

realizada, no mês seguinte, uma audiência para conferência de pais.

Destacamos que os mediadores foram notificados (por duas vezes) para comparecerem em tribunal com o propósito de participarem numa conferência de assessoria técnica complementar e para prestarem esclarecimentos referentes à situação e evolução do menor. Em face da notificação, os mediadores estiveram presentes contudo, não prestaram qualquer esclarecimento invocando o princípio da confidencialidade a que estavam obrigados.

Em sessão de mediação, ocorrida no final de novembro de 2013, a mãe manifestou, de forma expressa, não querer continuar com o procedimento de mediação, enquanto o pai se disponibilizou a prosseguir.

Em despacho datado de abril de 2014 e reconhecendo a importância da mediação para a resolução deste conflito e a aproximação dos intervenientes, o tribunal reforçou a necessidade da continuação do procedimento de mediação, devendo a entidade mediadora centrar a sua intervenção na aproximação do menor à avó paterna. Esta situação foi expressamente recusada pela mãe que alegou o quadro de grave ansiedade do menor.

Na sequência deste despacho foi agendada para abril nova sessão de mediação, que acabou por não ter lugar, findando assim, definitivamente, a intervenção dos mediadores neste caso.

DA REFLEXÃO TEÓRICA

A nossa análise distanciada e objetiva dos factos e da intervenção da mediação neste caso real, por um lado, e tendo em conta as principais dificuldades sentidas *in praxis* pelos mediadores, por outro, levaram-nos a uma reflexão sobre as fronteiras cada vez mais elásticas e maleáveis do conceito de família, das quais decorrem, inevitavelmente, novos tipos de conflitos familiares que impõem nova e redobrada intervenção do Direito. Intervenção essa que implica a necessária articulação entre o sistema judicial e os designados métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, com destaque para a mediação. No caso em apreço realçamos, ainda, a dificuldade sentida em lidar com um menor, envolvido numa situação de alienação parental, situação que determinou a sua especial vulnerabilidade social, o que nos conduziu, também, ao aprofundamento dos conceitos de vulnerabilidade e alienação parental.

DA FAMÍLIA E DOS CONFLITOS FAMILIARES

Ao decorrerem da sociabilidade do homem, os conflitos são algo de natural e inevitável. Sendo as relações familiares uma das mais essenciais relações sociais, é natural e inevitável que os conflitos familiares ocorram. A intervenção do Direito, neste domínio, visa não a eliminação dos conflitos mas a sua manutenção em níveis adequados, num plano de equilíbrio e com relativa composição dos interesses contrapostos.

Estudar os conflitos (familiares) impõe aceitar a sua inevitabilidade e pressupõe a adoção de uma atitude positiva, reconhecendo que a grande maioria das situações conflituosas são negociáveis, sendo possível alcançar um consenso e uma solução duplamente vantajosa para as partes envolvidas. Os conflitos surgem, então, como motor de evolução ou de evoluções, de desenvolvimento do indivíduo em si mesmo, dos grupos em que se inserem e da sociedade no seu conjunto.

Assim, se não é possível, nem desejável eliminar os conflitos, importa trabalhar na determinação dos meios e formas para os gerir e administrar.

Ora, os conflitos familiares, na sociedade atual, com as mutações que, tanto a sociedade como a família têm sofrido, são algo complexo, pelo que reduzi-los aos seus aspetos jurídicos, deixando a sua resolução apenas na alçada dos tribunais judiciais, pouco favoráveis à participação ativa e direta dos interessados na resolução das questões (familiares), não nos parece adequado, acertado, nem justo. Daí a necessidade de arranjar formas “alternativas” para a resolução deste tipo de conflitos, que nem sempre encontram uma resposta cabal no Direito. Formas essas assentes na negociação, na cooperação e com a participação ativa das partes envolvidas.

Encontramos nestas formas auto compositivas de resolução de conflitos uma clara manifestação do princípio da subsidiariedade na relação Estado-família. De acordo com este princípio, as soluções deverão ser encontradas, sempre, a um nível que for simultaneamente mais próximo (família) e mais eficaz, só passando para nível superior (Estado) quando estas condições não se verificarem a nível inferior (família).

É no seio familiar que passamos a nossa infância, moldamos a nossa personalidade, adquirimos valores e ideais que irão nortear a nossa vida, do nascimento à velhice. Contudo, não podemos deixar de realçar o paradoxo que resulta de, por vezes, ser na família que surgem as principais ameaças e perigos para os seus membros, quando deveria ser precisamente a e na família, o espaço por excelência de proteção e segurança. É no seio da família que os membros se apresentam mais desprotegidos, vulneráveis e expostos, precisamente por considerarem que no seu seio se podem assumir plenamente com todas as suas incertezas, inseguranças e até dualidades,

pelo que, quando é a família que os “ataca”, as consequências são “dupla e exponencialmente” devastadoras.

Reforçando o referido paradoxo é, por vezes, a família que contribui para a especial vulnerabilidade dos seus membros, principalmente daqueles que, pela sua natureza e essência, são mais vulneráveis: as crianças. É no seio familiar que tantas vezes a sua vulnerabilidade é mais exposta, quando deveria ser, especial e naturalmente protegida.

Ora, no caso em apreço, qualificámos o menor como “duplamente” vulnerável pelo facto de ser criança e por estar envolvido num conflito familiar e num processo de alienação parental, “agudizando” a sua já natural vulnerabilidade.

Esta consideração leva-nos de seguida a uma teorização, ainda que breve, sobre os conceitos de vulnerabilidade e de grupos vulneráveis.

DA VULNERABILIDADE E DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Começamos por destacar as palavras de Ribotta (2010), para quem os termos associados a vulnerabilidade são: debilidade, fragilidade e desproteção frente a um risco ou a um dano. O que significa que não há nenhum ser vivo que não seja vulnerável (Ribotta, 2010, p. 278).

Daí que Ribotta faça a distinção entre *ser* e *estar* vulnerável:

ser vulnerável é a condição geral de todo o ser vivo, apenas pelo facto de o ser (...). Constitui uma característica identitária dos seres vivos. Quando uma pessoa ou grupo *está vulnerável* é necessário analisar situações nas quais seja possível apurar características que confirmem a vulnerabilidade destes grupos, de acordo com as condições sociais, legais, económicas e políticas no contexto em que se encontram, e que possa condicionar a sua sobrevivência ou impedir o exercício dos seus direitos e liberdades e acesso à justiça em condições de igualdade. (Ribotta, 2012, p. 78)

Nas palavras da referida autora “a vulnerabilidade não só é um estado em que se encontram as pessoas, como também pode ser entendida como uma possibilidade de nos tornarmos vulneráveis” (Ribotta, 2010, p. 281). Por isso, é relevante para o estado de vulnerabilidade o processo pessoal e social que torna uma pessoa ou grupo vulnerável.

Sustenta Ribotta que as estruturas jurídicas (e entendemos também as estruturas administrativas) dos Estados e o próprio Direito (e acrescentamos, na sequência do anteriormente dito, a família) podem apresentar a dupla face de garante, protetor e de vulnerabilizador (Ribotta, 2010, p. 357).

A vulnerabilidade é um conceito contextual e relacional, uma vez que tem sempre de ser precisado num prisma social e cultural definido, sem esquecer que se aplica a algo ou alguém em concreto.

De acordo com Liesa e Menendez (2001), os grupos vulneráveis podem ser subsumidos em cinco categorias específicas: o género, as condições psicossomáticas (idade; incapacidade física, orientação sexual), a nacionalidade (estrangeiros e apátridas), a pertença a um grupo diferenciado dentro da população de um Estado (minorias, povos indígenas, entre outros) e a condição socioeconómica das pessoas (pobreza) (Liesa & Menendez, 2001, pp. 23-24).

Para estes autores a percepção de que determinada categoria de pessoas ou grupo é “especialmente vulnerável”, inclui dois pressupostos implícitos: o de que determinados interesses dessas pessoas ou coletivos foram ou estão a ser comprometidos ou em risco e o de que a especial debilidade e desproteção em que se encontra a classe de pessoas em questão, exige a adoção de normas e/ou técnicas jurídicas protetoras específicas.

Assim, esta criança, como qualquer outra, é de *per si* um ser vulnerável. Neste caso concreto, por apresentar um quadro de dificuldades emocionais graves em resultado do padrão disfuncional de interação familiar, em clara triangulação filho-pai-mãe e por estar envolvida numa situação, ainda que não expressamente reconhecida de alienação parental, apresenta-se como ser “duplamente” vulnerável.

Apesar de a alienação parental ter sido expressamente invocada pelo pai, perentoriamente negada pela mãe, reconhecida direta e indiretamente nos relatórios técnicos e aceite pelo tribunal⁴, a verdade é que este se “furtou”, sempre, a tomar uma posição clara sobre a mesma e a assumir as consequências que daí pudessem advir, desde logo, a institucionalização do menor.

Realçamos, a este propósito, que os conflitos familiares entre casais assumem contornos diferentes quando o ex-casal tem filhos em comum, servindo estes, por vezes, de “poderosa arma de ataque e de vingança contra

⁴ Basta para tal atentarmos nas palavras usadas e repetidas pelo Tribunal: “Aliás, sem pretendermos imiscuir-nos na questão do contributo das partes, *máxime* da progenitora, para a situação de recusa verificada, por não ser objecto da nossa análise nesta fase, num tom de humilde pedagogia, não podemos deixar de assinalar os malefícios de alguns comportamentos dos adultos, ainda que não mal-intencionados, que marcam uma posição divergente e discordante em relação aos comportamentos adoptados pelo outro progenitor, designadamente em relação às questões específicas dos adultos, e de cujo conhecimento os menores, pela sua imaturidade e grau de envolvimento emocional com cada um dos progenitores, deveria ser postergados”. (Despacho emitido pelo Tribunal de Torres Novas, em abril de 2014)

o ex-parceiro. É possível, pois, que um dos genitores (ou ambos) adote um padrão de condutas negativas visando o enfraquecimento ou rompimento de laços parentais, caracterizando a alienação parental” (Dias, 2017, p. 21).

A alienação parental pode resultar de um conjunto muito variado de combinações de comportamentos e práticas. De acordo com Dias (2017),

a criança sente uma pressão constante para não dececionar o progenitor com quem vive. Nessas situações em que a criança é levada a odiar e a rejeitar um progenitor que ama, a contradição de sentimentos produz uma destruição dos vínculos que, se perdurar por longo tempo, instaura um processo de cronificação que não mais permitirá sua restauração, fazendo da morte simbólica da separação, uma morte real do sujeito. (2017, p. 21)

A alienação parental nada mais é do que a manipulação e programação do filho para rejeitar e odiar o outro progenitor. Normalmente inicia-se quando um dos progenitores se sente “injustiçado” com o fim da relação, encetando uma campanha que visa transformar o outro progenitor num inimigo, num alvo a abater. Este sentimento de injustiça conduz à transformação de sentimentos bons em sentimentos maus, ao aparecimento do desejo de vingança capaz de despertar no filho falsas memórias. Estão, assim, reunidas as condições para a alienação parental se iniciar e desenvolver.

O filho é instrumentalizado, usado como arma de arremesso destinada a atacar o outro progenitor e a “eliminá-lo” da sua vida. Nesta “guerra” não há vencedores, há somente vencidos! E os “despojos” desta guerra ficarão, para sempre, marcados na memória daquela criança que perde as suas referências, a sua história e inevitavelmente a sua identidade. As mais graves e intensas consequências verificam-se na vida do filho, na visão “deturpada” do passado, na angústia do presente e na insegurança e incerteza quanto ao futuro. Assim, a alienação parental constitui, inequivocamente, uma forma grave de maus tratos e abuso contra crianças e adolescentes.

Não podemos deixar de, a este propósito, enunciar a problemática da comunidade científica, quanto à distinção entre alienação parental e síndrome de alienação parental. Alguns reputados autores diferenciam estes dois conceitos, enquanto outros não o fazem, empregando as expressões como sinónimos⁵.

Quanto a nós e tendo por base os factos anteriormente apresentados constatámos, não apenas a prática da alienação, como os efeitos que a mesma teve no comportamento da criança. Subscrevemos, assim,

⁵ Veja-se, a este propósito: Gardner, 1985; Gardner, 2002a; Gardner, 2002b; Silva, 2011 e Trindade, 2012.

a posição defendida por Silva (2011), que caracteriza a alienação parental como

o ato de induzir a criança a rejeitar o pai/mãe-alvo (com esquivas, mensagens difamatórias, até o ódio ou acusações de abuso sexual) ” e a síndrome de alienação parental como “o conjunto de sintomas que a criança pode vir, ou não, a apresentar, decorrente dos actos de alienação parental. (p. 208)

Sintetizando os dois conceitos, a:

alienação parental consiste na prática efetivada mais comumente por um dos genitores que tem por objetivo o enfraquecimento ou rompimento total dos laços parentais entre o ex-parceiro e filho. E, dependendo da sua intensidade pode levar à implantação da síndrome de alienação parental. (Dias, 2017, p. 23)

DA VOLUNTARIEDADE E CONFIDENCIALIDADE DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E DA INDEPENDÊNCIA DO MEDIADOR

Chegamos, por fim, à questão central deste nosso estudo: o recurso à mediação como forma de resolução deste conflito familiar. Conflito que se adensa com a prática da alienação parental, que precipita a eventualidade da institucionalização do filho, surgindo a mediação como “tábua de salvação” e último recurso para a evitar.

Aqui, a mediação foi “sugerida” pelo tribunal, pondo em causa um dos seus princípios estruturantes e identitários, a voluntariedade. Nesta situação, consideramos que se verificou uma voluntariedade coagida e condicionada. Coagida porque “sugerida” pelo tribunal, condicionada porque aceite pelo simples receio de que, tal recusa, implicaria a institucionalização do filho menor.

Não é nosso propósito desenvolver uma análise abrangente deste importante método auto compositivo de resolução de conflitos, mas centrar a nossa atenção nos princípios da mediação previstos na Lei nº 29/2013, de 19 de abril (Lei da Mediação)⁶ que foram, em nossa opinião,

⁶ A Lei da Mediação (Lei nº 29/2013) regulamenta de forma autónoma e sistemática a mediação em Portugal, consagrando num único diploma legal o quadro normativo de base deste método não adversarial de resolução de conflitos. O Capítulo II do referido diploma legal consagra, nos Artsº 3.º a 9.º, os “princípios gerais aplicáveis a todas as mediações realizadas em Portugal, independentemente da natureza do litígio que seja objeto da mediação”.

constantemente questionados neste procedimento, a saber: a voluntariedade, a confidencialidade e a independência do mediador⁷.

Na mediação as partes em conflito são voluntariamente auxiliadas por um terceiro, o mediador, independente, imparcial, isento, competente e responsável, que sem poder de imposição, gere a comunicação entre os mediados, para que estes, por si e de forma ativa, encontrem a solução que melhor corresponde aos seus reais interesses. Este é um método que tem sido acolhido e reconhecido por muitos ordenamentos jurídicos e que assenta num complexo multidisciplinar de saberes retirados de várias Ciências Sociais e Humanas, que vão da Psicologia ao Direito, passando pela Sociologia, a Antropologia, a Comunicação, entre outras. Esta riqueza de conhecimentos espelha a riqueza do ser humano permitindo “o tratamento dos mediados como seres humanos únicos” (Vezzulla, 2001, p. 87) e os mais competentes e melhor preparados para resolverem os seus conflitos, razões que determinam a eficácia da mediação na resolução de conflitos interpessoais.

No caso em apreço, o facto de a mediação ter sido “determinada” oficiosamente por decisão judicial e não por iniciativa dos participantes, condicionou grandemente o procedimento. Iniciamos, assim, a nossa análise, pelo princípio da voluntariedade, previsto na Lei 29/2013, de 19 de abril, Artº 4.º, que consideramos como princípio próprio, necessário e identitário da mediação de conflitos. Ora, sabendo que a mediação entende as pessoas como seres únicos e aqueles que estão melhor posicionados para a resolução do seu conflito, por que se conhecem a eles mesmos e sabem o que é melhor para si, ou seja, assentando a mediação no *empowerment* (Brown & Marriot, 1999, p. 130), na responsabilidade e responsabilização dos participantes, nada mais lógico do que lhes caber o pleno controlo e total domínio do procedimento da mediação.

A voluntariedade surge para a legislação portuguesa, como princípio estruturante da mediação, destacado logo na definição consagrada na Lei 29/2013, Artº 1.º, nos termos do qual se entende por mediação “a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através da qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos”.

Como referem Lopes e Patrão (2016, pp. 33-34), a voluntariedade da mediação efetiva-se em quatro dimensões: na “liberdade de escolha da

⁷ Importa esclarecer que a Lei da Mediação data de 2013, sendo os factos e o procedimento em análise, anteriores à vigência desta Lei. Contudo, não faria sentido desenvolver este estudo crítico, enquadrando-o e relacionando-o com a lei então vigente (Lei nº 78/2001, de 13 de julho, relativa aos Julgados de Paz), mas sim com a atual Lei que regula de forma sistemática a mediação em Portugal.

mediação”, na “liberdade do abandono da mediação”, na “conformação do acordo” e na “liberdade de escolha do mediador”.

Estas várias dimensões têm acolhimento na Lei nº 29/2013. Precisando-as, a voluntariedade não se manifesta, apenas, na decisão da participação das pessoas na mediação, ou seja, no seu assentimento para participar neste procedimento, mas também na necessidade, imposta pelo Art. 4º, n.º 1 da Lei nº 29/2013, da obtenção de um consentimento esclarecido e informado dos participantes para a sua concretização. Assenta, ainda, na possibilidade de a todo e qualquer momento os participantes desistirem do procedimento, não querendo prosseguir com a mediação, tal como previsto no Artº 4.º, n.º 2 da mencionada Lei, bem como na livre fixação do acordo, estabelecido no Artº 20.º. Por fim, esta voluntariedade resulta, também, do facto de a recusa em iniciar ou prosseguir o procedimento não consubstanciar uma violação do dever de cooperação, tal como estatuído no n.º 3 do supracitado artigo.

Para que a voluntariedade seja uma realidade, impõe a referida na Lei nº 29/2013, no seu Artº 26.º, o dever do mediador “esclarecer as partes sobre a natureza, finalidade, princípios fundamentais e fases do processo de mediação, bem como sobre as regras a observar” e acima de tudo, na opção dos participantes em “acordarem na escolha de um ou mais mediadores de conflitos”. Cabe aos participantes a escolha do terceiro neutral, independente e imparcial, que conduzirá o procedimento da mediação. A não ser assim, poderia desenvolver-se um sentimento de desconfiança dos participantes na pessoa do mediador, o que minaria o sucesso do próprio procedimento.

Realçamos que,

sendo a mediação um procedimento que assenta e se centra nas pessoas; que tem por base as pessoas; que é desenvolvido por pessoas e para as pessoas; um procedimento que trata as pessoas como seres únicos e responsáveis; um procedimento que vai ao passado para compreender o presente, mas sempre de olhos postos no futuro; um procedimento que visa a composição dos interesses dos mediados para assim obter um acordo mutuamente satisfatório e duradouro, assim como a criação de uma plataforma de entendimento entre os intervenientes - assim sendo, só faz sentido serem essas mesmas pessoas a dominar todo o procedimento: desde o seu início, ou seja, a decisão de participar, bem como a sua conclusão, com a assinatura do acordo ou a sua desistência, a qualquer momento. (Monteiro, 2017, p. 4)

A questão da voluntariedade coloca-se com maior acuidade nos casos em que a remissão de um processo para mediação é determinada pelo juiz (como o presente), no âmbito de um processo judicial. Mas ainda que a mediação possa ser determinada oficiosamente pelo juiz, basta que uma das partes se oponha para que a remessa não tenha lugar. Garante-se, assim, o cumprimento do princípio da voluntariedade e o controlo dos participantes sobre o procedimento.

Como referido anteriormente, o tribunal não apenas remeteu o processo para mediação insistindo na sua continuação, como impôs aos mediadores um conjunto de obrigações que conflituavam com o dever de confidencialidade do procedimento e que faziam questionar a independência do mediador. A confidencialidade é condição essencial, necessária e imprescindível à eficácia e ao sucesso da mediação. Condição essencial para que os mediados sintam a confiança e o à vontade necessários para, num ambiente informal e de boa-fé, revelarem os seus reais interesses, muitas vezes ocultos por detrás de posições expressas e assumidas. Se assim não fosse, existiria sempre o receio de que a partilha de certas informações municiasse (com argumentos) a parte contrária.

Socorremo-nos das palavras de Lopes e Patrão (2016) para quem o princípio da confidencialidade tem duas implicações: uma interna e outra externa à mediação. Assim, a implicação externa do dever de sigilo do mediador, prevista no Artº 5.º, n.º 1 da Lei nº 29/2013, determina que deve “o mediador manter sobre sigilo todas as informações de que tenha conhecimento no âmbito do procedimento de mediação, delas não podendo fazer uso em proveito próprio ou de outrem” (p. 46). A dimensão interna, consagrada no n.º 2 do referido Artº 5.º, estabelece o dever de confidencialidade relativamente às informações prestadas apenas por uma das partes ao mediador, que assim não as poderá divulgar à outra parte, sem o seu consentimento. É o que sucede no âmbito do *caucus*. Este dever de sigilo do mediador consagra um verdadeiro “segredo profissional” (Lopes & Patrão, 2016, p. 46) ou como refere Gouveia (2009, p. 214), traduz um dever jurídico que se encontra a “paredes meias com a ética profissional”.

Mas a obrigação de confidencialidade não se dirige, apenas, ao mediador, mas também aos mediados e bem assim, a todos os participantes no procedimento (mandatários legais, técnicos, especialistas, peritos, testemunhas e outros familiares). Este é o entendimento do Artº 5.º, n.º 4 da Lei nº 29/2013, ao estabelecer que o “conteúdo das sessões de mediação” (incluindo todas declarações do mediador, dos mediados e de todos os demais intervenientes, os documentos prestados, as propostas de acordo) “não poderá ser valorado em tribunal ou em sede de arbitragem”.

Mas este dever não é absoluto e irrestrito. Comporta (algumas) exceções, quando razões de ordem pública se sobrepõe aos interesses subjacentes ao princípio da confidencialidade, “nomeadamente para assegurar a proteção do superior interesse da criança, quando esteja em causa a proteção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa”. Para além deste elenco meramente enunciativo é, ainda possível divulgar o conteúdo das sessões de mediação “quando tal seja necessário para efeitos de aplicação ou execução do acordo obtido por via da mediação” mas apenas e “na estrita medida do que, em concreto, se revelar necessário para a proteção dos referidos interesses” (Lei nº 29/2013, Artº 5.º, n.º 3).

Tendo em conta os fins que se visam proteger com a consagração do princípio da confidencialidade, defendemos uma interpretação restritiva desta norma, afastando assim, a derrogação do princípio da confidencialidade por vontade dos mediados. Tal como refere Gouveia (2015, p. 100), “se eventualmente a cláusula de exceção for muito alargada (...) isso poderá ter consequências graves na credibilidade e desenvolvimento da mediação em Portugal”.

Atestando a importância do dever de confidencialidade do mediador, o Artº 28.º da Lei 29/2013 consagra que, com exceção das circunstâncias determinadas por razões de ordem pública, o mediador não pode ser testemunha, perito ou mandatário em qualquer causa relacionada, ainda que indiretamente, com o objeto do processo no qual foi mediador. Neste sentido, caso o mediador seja chamado judicialmente a depor, para prestar informação abrangida pelo dever de confidencialidade, deve escusar-se a fazê-lo, a não ser que essas mesmas informações se enquadrem nas exceções anteriormente apresentadas.

A violação do dever de confidencialidade está sujeita à responsabilidade civil do mediador pelos danos causados, nos termos gerais de direito (Art.º 8.º, n.º 2 da Lei nº 29/2013), para além da eventual responsabilidade criminal resultante da violação do crime de segredo, previsto no Artº 195.º do Código Penal de 2018⁸. No âmbito dos sistemas públicos, a violação dos deveres por parte do mediador é sancionada com a repreensão, a suspensão ou exclusão das listas (Art. 44.º, n.º 1 da Lei nº 29/2013). Reforçando a importância do dever de confidencialidade, cuja violação é autonomizada no Artº 44.º, n.º 2 da mencionada Lei, quando se subsuma no crime de violação de segredo, cabe à entidade gestora do sistema público a obrigatoriedade de participação ao Ministério Público. Partilhamos da crítica apresentada por Cebola (2015) quanto à inclusão, no âmbito subjetivo das

⁸ Código Penal (2018). Coimbra: Almedina.

normas (Artº 43.º e 44.º da Lei 29/2013), da responsabilidade disciplinar e criminal, apenas dos mediadores que exerçam a sua atividade no âmbito dos sistemas públicos. Conclui a autora que com esta distinção injustificada, entre mediadores que exerçam a sua atividade nos sistemas públicos ou enquanto mediadores privados, fica gorada a desejada uniformidade quanto ao regime jurídico da mediação e dos mediadores (Cebola, 2015, p. 59).

Uma última nota quanto ao princípio da independência do mediador, fundamental para a legitimação da sua atividade. Neste sentido, deve o mediador exercer a sua atividade de forma descomprometida e livre de toda e qualquer pressão (Art. 7.º, n.º 2 da Lei nº 29/2013)⁹. Mais uma vez, consideramos duas dimensões para a independência do mediador: uma interna e outra externa. A interna traduz-se na libertação ou “emancipação” (Lopes & Patrão, 2016, p.58) do mediador dos seus próprios valores, juízos, interesses, convicções, sentimentos, não deixando que os mesmos influenciem ou condicionem o exercício da sua atividade. Ora, sendo o mediador, antes de mais, um ser humano, com todas as suas dimensões, fragilidades e convicções, tal independência é praticamente impossível e diríamos mesmo irreal de suceder. Questionamos mesmo se seria desejável. Pensamos que o importante é o mediador ter consciência dessas limitações e exercer a sua atividade de forma o mais objetiva possível, utilizando as técnicas necessárias para não se deixar influenciar pelos seus valores e assim condicionar o procedimento da mediação. A outra dimensão, a externa, traduz a necessidade de o mediador exercer a sua atividade sem vinculação a quaisquer outras entidades públicas ou privadas, incluindo aqui, como no caso em apreço, os tribunais.

Diretamente relacionado com a independência, ainda que não referido nesta disposição, surge a indispensável neutralidade e isenção do mediador, características essenciais ao exercício da sua atividade. O mediador não só não é parte interessada no procedimento, como não deve ter qualquer interesse pessoal ou económico face à obtenção do acordo final.

DA RELAÇÃO ENTRE PRÁTICA E TEORIA: DESAFIOS E REFLEXÃO CRÍTICA

Dedicamos esta última parte à análise, não apenas dos desafios que este procedimento representou para os mediadores, como também a uma

⁹ O Artº 27.º, n.º 4 da Lei nº 29/2013 enuncia algumas circunstâncias que poderão comprometer a independência (a imparcialidade ou isenção) do mediador, a saber a existência de uma relação pessoal, familiar ou profissional com uma das partes, ou um interesse financeiro, ainda que indireto no resultado da mediação.

reflexão crítica da intervenção e sucesso da mediação em situações de especial vulnerabilidade social, como as resultantes da alienação parental.

O facto de a decisão de recorrer à mediação não ter sido voluntariamente assumida e reconhecida pelos participantes, mas antes condicionada e coagida, levou a um frágil compromisso de um dos participantes com o procedimento, com influência direta no seu desfecho. Concluímos ter-se verificado uma clara “instrumentalização” da mediação, surgindo este procedimento como estratégia dilatória para impedir a institucionalização do menor e manter o seu afastamento do pai.

O procedimento de mediação assenta no respeito e confiança entre participantes e o mediador. O mediador é, neste procedimento de escuta ativa, um “mero” gestor da comunicação. Quando essa comunicação entre mediados, neste caso os pais, é de si praticamente inexistente e cristalizada nas suas posições; quando uma das partes usa de comportamentos e práticas que se subsumem no que designámos de alienação parental, não o reconhecendo em tempo algum, denotando um autocentramento, essas estratégias entram em contradição com o espírito da mediação.

Defendemos que o posicionamento psicológico de quem aliena não se coaduna com a abertura e disponibilidade psicológica do procedimento de mediação, vetando-o quase por completo e em definitivo, ao insucesso.

Defendemos que a riqueza e eficácia da mediação decorre da sua natureza inter e multidisciplinar. Contudo, neste caso assistimos a uma constante mudança dos técnicos que acompanhavam a criança o que causou grande entropia no procedimento. Importa referir que os técnicos, nomeadamente os psicólogos e pedopsiquiatras, escolhidos e indicados pela mãe e aceites pelo pai, foram por várias vezes substituídos quando os seus relatórios não acompanhavam a visão pretendida dos factos. Ora, este circunstancialismo aliado ao elevado número de profissionais envolvidos (mediadores, psicólogos, pedopsiquiatras, juristas, advogados e assistentes sociais) e à necessidade de conciliar diferentes visões e entendimentos sobre os factos, dificultou a comunicação e consequentemente o sucesso do procedimento. Contudo, não podemos deixar de enaltecer a preocupação manifestada por todos, sem exceção, de assegurar a proteção integral do (superior) interesse da criança.

Destacamos, também, a dificuldade sentida pelos mediadores em conciliar o cumprimento escrupuloso dos princípios da mediação, nomeadamente a confidencialidade e a independência, bem como as normas éticas e deontológicas que norteiam o exercício da sua atividade, com a necessidade de dar resposta às exigências de apresentação periódica de relatórios das sessões de mediação e demais solicitações do tribunal.

Outro facto que, em nosso entender, também contribuiu para o desfecho negativo foi o da duração do procedimento de mediação. Este é um método que, na sua essência, deve ser célere e delimitado no tempo. Contudo, este procedimento em concreto dilatou-se no tempo, com diversos avanços e recuos. Sendo que, por mais do que uma vez, quando os mediadores julgavam ter concluída a sua atuação, o tribunal voltava a solicitar a sua intervenção. Não obstante, cumpre-nos destacar a sensibilidade do tribunal quanto à importância do recurso à mediação como método necessário e eficaz para a resolução de conflitos familiares.

Por fim, um dos maiores desafios consistiu na participação da criança no procedimento de mediação e a dificuldade em estabelecer um canal de comunicação adequado e ajustado com este menor, vulnerável por natureza e “duplamente vulnerável” em decorrência dos factos.

As especificidades deste caso levaram os mediadores a questionar-se enquanto pessoas e técnicos e a reconhecer a importância da formação para a aquisição de aptidões específicas, teóricas e práticas, indispensáveis ao correto desempenho da sua atividade¹⁰. Reforçando esta ideia e em casos como o presente, com o envolvimento de um menor e numa situação de alienação parental, deve o mediador ter a experiência, a formação específica e a sensibilidade adequadas para gerir tão intrincado processo comunicacional.

CONCLUSÃO

Ainda que este não seja um caso de sucesso de mediação (por não ter sido possível o restabelecimento da relação entre pai e filho, nem a “saúdável” e tão desejada comunicação entre pai e mãe), tendo em conta a projeção da sua relação no futuro, continuamos a defender veementemente a importância, a necessidade e a adequação da mediação para a resolução dos conflitos familiares, nomeadamente nas situações de alienação parental.

Tendo as relações familiares, independentemente da sua forma de constituição, uma natureza essencialmente pessoal e a múltiplos níveis complexa e visando a estabilidade necessária a relações que se pretendem, na sua essência, duradouras, a mediação surge como uma forma privilegiada de atuação para a resolução de conflitos familiares.

Uma forma que atende às necessidades das pessoas e que lhes

¹⁰ Enaltecemos, assim, o reconhecimento expresso pelo legislador português, ainda que não isento de críticas, no Art. 8.º, n.º 1 e Art. 26.º, al. h), da Lei nº 29/2013) quanto à competência do mediador e à necessidade de zelar pelo seu nível de formação e qualificação.

permite assumir, conscientemente o controlo do processo e a responsabilidade das decisões que determinam o seu futuro, contribuindo para uma sociedade mais solidária, pacífica, acolhedora e justa.

Por fim, sustentamos que não há em si conflitos familiares imediáveis, mas pessoas que, pela sua personalidade marcadamente adversarial, competitiva e fechada nas suas posições, consideram a mediação uma “ameaça” e não uma oportunidade. Há assim que trabalhar em conjunto e com a participação de todos os atores sociais, no sentido de tornar a mediação uma realidade, um método credível, eficaz e amplamente reconhecido na e para a resolução de conflitos (familiares).

REFERÊNCIAS

- Brown, H. & Marriot, A. (1999). *ADR Principles and Practice*. Londres: Sweet and Maxwell.
- Cebola, C. M. (2015). Regularizar a mediação: um olhar sobre a nova lei de mediação em Portugal. *Revista Brasileira de Direito*, 11 (2), 53-55. DOI: 10.18256/2238-0604/revistadedireito.v11n2p53-65
- Dias, A. M. S. (2017). Mediação no novo Código de Processo Civil Brasileiro – NCPB: uma alternativa para conflitos no contexto da alienação parental. *Revista Alienação Parental*, 12, 16-28. Retirado de <https://tinyurl.com/y9zf6vvj>
- Gardner, R. (1985). Recent trends in divorce and custody litigation. *Academy Forum*, 29(2), 3-7. Retirado de <http://www.fact.on.ca/Info/pas/gardnr85.htm>
- Gardner, R. (2002a). Parental alienation syndrome vs. Parental alienation: which diagnosis should evaluators use in childcustody disputes?. *American Journal of Family Therapy*, 30(2), 93-115. DOI: 10.1080/019261802753573821
- Gardner, R. (2002b). *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de alienação parental (SAP)?* Manuscrito não-publicado, Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Medicina e Cirurgia da Universidade de Columbia, Nova Iorque, EUA.
- Gouveia, M. F. (2009). Algumas questões jurídicas a propósito da mediação. In J. Vasconcelos-Sousa (Ed.), *Mediação e criação de consensos: os novos instrumentos de empoderamento do cidadão na União Europeia* (pp. 213-242). Coimbra: MEDIARCOM/Minerva.
- Gouveia, M.F. (2015). *Curso de resolução alternativa de litígios*. Coimbra: Almedina.
- Lei nº 78/2001, de 13 de julho, República Portuguesa

Lei nº 29/2013, de 19 de abril, República Portuguesa

Liesa, C. R. F. & Menéndez, F. M. M. (2001). *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Lopes, D. & Patrão, A. (2016). *Lei da mediação comentada*. Coimbra: Almedina.

Monteiro, S.S. (2017). *A voluntariedade do procedimento da mediação de conflitos e a obrigatoriedade da pré-mediação*. Artigo não publicado.

Ribotta, S. (2010). Grupos vulnerables. In S. A. Manero & B. C. Díaz (Eds), *Glosario de términos útiles para el análisis y estudio del espacio iberoamericano de cooperación e integración; comercio, cultura y desarrollo* (pp .278-300). Madrid: Marcial Pons.

Ribotta, S. (2012). Las 100 reglas de Brasília sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia. *Revista Electrónica Iberoamericana*, 6(2), 77-114. Retirado de <https://tinyurl.com/ya4atuyd>

Silva, D. M. P. (2011). *Mediação e guarda compartilhada: conquistas para a família*. Curitiba: Juruá.

Trindade, J. (2012). *Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito*. Porto Alegre: Livraria da Advogado Editora.

Vezzulla, J. C. (2001). *Mediação – teoria e prática. Guia para utilizadores e profissionais*. Barcelos: Ministério da Justiça – Direção-Geral da Administração Extrajudicial, Agorapublicações.

Citação

Monteiro, S. & Carvalho, F. (2019). A mediação familiar num contexto de vulnerabilidade social. In A. M. Costa e Silva, I. Macedo & S. Cunha (Eds.), *Livro de atas do II Congresso Internacional de Mediação Social: a Europa como espaço de diálogo intercultural e de mediação* (pp. 375-394). Braga: CECS.